

Sygn. akt: KIO 376/21

WYROK
z dnia 26 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2021 r. przez wykonawcę: **PRO-ECO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Kleczew**;

przy udziale wykonawcy: **Sazet Sp. z o.o. z siedzibą w Wójcinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 376/21 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Sazet Sp. z o.o. z siedzibą w Wójcinie podczas, gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z zaofiarowaniem urzędzeń niezgodnych z wymaganiami zamawiającego i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: Sazet Sp. z o.o. z siedzibą w Wójcinie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego w częściach po 1/2, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 700 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy siedemset złotych zero groszy), stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Gmina Kleczew (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej "ustawą Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę/ montaż instalacji fotowoltaicznych na obiektach użyteczności publicznej na terenie gminy i miasta Kleczew”, realizowane w ramach projektu: „Zastosowanie instalacji fotowoltaicznych na obiektach gmin powiatu konińskiego: Wilczyn, Stare Miasto, Kleczew, Sompolno i Kazimierz Biskupi”; nr sprawy IGN.271.7.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 177-425403.

W dniu 27 stycznia 2020 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę **Sazet Sp. z o.o. z siedzibą w Wójcinie** (dalej „przystępujący” lub „Sazet”).

W dniu 4 lutego 2021 r. wykonawca: **PRO-ECO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegające na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sazet.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp z 2019 r.) poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostałych w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów: (1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sazet ze względu na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz (2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Sazet jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowaniu.

W przypadku natomiast, gdyby Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów podniósł, że zamawiający naruszył: (1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie odrzucenia oferty Sazet ze względu na jej niezgodność z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”); (2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Sazet jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Sazet; wykluczenie wykonawcy Sazet na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub odrzucenie oferty Sazet na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z zaoferowaniem urządzeń niespełniających wymagań określonych w SIWZ, a także dokonania ponownej oceny pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp odwołujący przywoływał treść warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 5.3.3 SIWZ w zakresie posiadanej przez wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej - osób oddelegowanych do realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią tego warunku obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o zamówienie jest wykazanie, że dysponuje: (i) co najmniej jedną osobą (projektanta), posiadającą kwalifikacje do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i posiadającą doświadczenie w postaci zaprojektowanych minimum 25 instalacji fotowoltaicznych; (ii) co najmniej jedną osobą (projektanta), posiadającą kwalifikacje do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej; (iii) co najmniej jedną osobą (kierownika robót), posiadającą kwalifikacje do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i posiadającą doświadczenie w postaci pełnienia funkcji kierownika budowy, robót lub koordynatora całości zadania w odniesieniu do wykonania minimum 25 instalacji fotowoltaicznych; (iv) co najmniej jedną osobą (kierownika robót), posiadającą kwalifikacje do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Na pierwsze wezwanie zamawiającego Sazet przedłożyła wykaz osób, z którego nie wynika, że wskazane osoby posiadają wymagane przez zamawiającego doświadczenie w zaprojektowaniu/ wykonaniu minimum 25 instalacji. W przypadku osoby wskazanej

na stanowisko: projektant branży elektrycznej - brak informacji o zaprojektowaniu minimum 25 instalacji fotowoltaicznych. Z kolei w odniesieniu do kierownika robót - brak informacji o pełnieniu funkcji kierownika budowy, robót lub koordynatora w zakresie wykonania minimum 25 instalacji fotowoltaicznych.

W dniu 3 stycznia 2021 r. zamawiający ponownie wezwał Sazet do uzupełnienia przedłożonych dokumentów, między innymi w zakresie osób oddelegowanych do realizacji zamówienia, przy czym wyraźnie wskazał, że oferent ma wykazać opisane w SIWZ doświadczenie. W dniu 11 stycznia 2021 r. Sazet przedłożyła uzupełniony wykaz osób. W dokumencie tym pojawiły się dodatkowe informacje stanowiące, że Pani A. T. J. zaprojektowała 40 instalacji fotowoltaicznych oraz, że Pan T. K. K. pełnił funkcję kierownika budowy, robót lub koordynatora całości zadania w odniesieniu do wykonania 35 instalacji fotowoltaicznych. Sazet nie przedłożyła żadnych danych referencyjnych, umożliwiających zamawiającemu dokonanie weryfikacji tego doświadczenia, poprzestając na powieleniu zapisów SIWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Tym samym nie można uznać, że wykazała, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu (zgodnie z wezwaniem zamawiającego i treścią SIWZ). W konsekwencji powyższego, wykonawcę należy wykluczyć z postępowania, albowiem nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), zaś ofertę złożoną przez podlegającego wykluczeniu uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

W zakresie, w jakim odwołujący podnosił naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, że Sazet w złożonej ofercie zadeklarował, że dostarczy falowniki fotowoltaiczne marki Solaredge. Dalej zaznaczył, że zaoferowane przez przystępującego inwertery fotowoltaiczne Solaredge są kompatybilne wyłącznie z optymalizatorami tej samej firmy i odwrotnie, co skutkuje niezgodnością z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (dalej „PFU”) zaoferowanych optymalizatorów - nie spełniają one wymogu współpracy z dowolnym falownikiem (str. 83 PFU). Powyższą okoliczność potwierdza karta katalogowa urządzenia stanowiąca, że optymalizator mocy jest „specjalnie zaprojektowany do pracy z falownikami Solaredge”, jak również oświadczenie KENO Sp. z o.o. - oficjalnego dystrybutora Solaredge.

Odwołujący podniósł, że pismem z 3 stycznia 2021 r. zamawiający wezwał Sazet do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. W odpowiedzi z dnia 11 stycznia 2021 r. przystępujący potwierdził, że zaoferował optymalizatory Solaredge i są one kompatybilne wyłącznie z falownikami Solaredge, w związku z czym zaoferowane urządzenia nie spełniają wymagań określonych w SIWZ (niezgodne z wymogiem wskazanym przez zamawiającego na str. 83 PFU).

W piśmie wystosowanym do zamawiającego (pismo z 11 stycznia 2021 r., str. 4) przystępujący stwierdził: „Dalej wyjaśniamy, że optymalizatory SolarEdge pracują z falownikami SolarEdge”. W dalszej części pisma Sazet tłumaczy się wykładnią językową wyrażenia „dowolny falownik” twierdząc, że jest to zapis nieprecyzyjny. Jego celem było przekonanie zamawiającego, iż przystępujący mógł zaoferować produkt niespełniający wymagań SIWZ.

W ocenie odwołującego wymóg „współpracy” optymalizatora z dowolnym falownikiem jest jasny i nie wprowadza żadnych wątpliwości interpretacyjnych - co potwierdza również okoliczność, że żaden z pozostałych oferentów nie wniósł o wyjaśnienie wymogu współpracy optymalizatorów z dowolnym falownikiem. Podkreślił, że wielu producentów na rynku oferuje produkty w pełni spełniające wymagania określone przez zamawiającego, zatem jest to wymóg w pełni możliwy do spełnienia. Przykładowo, zaoferowane przez odwołującego optymalizatory fotowoltaiczne producenta GNE, tj. HoneyBee 400PLC, wraz z jednostką sterującą optymalizatora Beebox-PLC, współpracują z dowolnym falownikiem, o czym świadczą między innymi karty katalogowe tych urządzeń (w kartach znajduje się informacja na temat tego, że: (i) Bezpieczny system, eliminacja niebezpieczeństwa zbyt wysokiego napięcia; (ii) Możliwość podłączenia do nowej, lub działającej instalacji fotowoltaicznej; (iii) Prosty montaż, kompatybilny z otworami pod modułem). Co więcej, wyłączny dystrybutor na Polskę zaoferowanych przez odwołującego inwerterów fotowoltaicznych potwierdził, że powyższe urządzenia będą w pełni prawidłowo działać z dowolnym rodzajem optymalizatora, np. z zaoferowanym optymalizatorem producenta GNE - w przeciwieństwie do zaoferowanych przez Sazet falowników marki Solaredge.

Odwołujący podkreślił, że nie istnieją żadne przeszkody techniczne, uniemożliwiające zaoferowanie produktów w pełni spełniających wymagania określone przez zamawiającego. Wskazywał, że przedmiotowy wymóg nie jest odosobniony wśród jednostek samorządu terytorialnego, które ogłaszały przetargi na instalacje fotowoltaiczne np. gmina Działoszyce (Instalacja systemów odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Działoszyce i Michałów) oraz gmina Skawina (Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta energia blisko Krakowa”), które to zastosowały identyczny wymóg dotyczący optymalizatorów mocy. Taki wymóg jest spowodowany wieloma uzasadnionymi okolicznościami. Jedną z nich jest sytuacja, w której zamawiający ogłaszając przetarg i planując budowę nowych instalacji fotowoltaicznych, ma już w zamiarze kolejną (późniejszą) rozbudowę wybudowanych instalacji PV. Dopuszczając system optymalizacji, który jest kompatybilny z dowolnym inwerterem zamawiający ma możliwość późniejszego ujednoczenia systemu optymalizacji i ściśle powiązanego

z nim systemu monitoringu poprzez montaż wyłącznie optymalizatorów. Należy mieć na uwadze fakt, że np. system monitoringu Solaredge nie jest kompatybilny z żadnym innym falownikiem. W przypadku systemu Solaredge, konieczna byłaby także wymiana falowników na produkty Solaredge, co drastycznie zwiększyłoby koszty takiej inwestycji. Ponadto, taka sytuacja zamknęłaby możliwość dalszej rozbudowy „sieci” instalacji fotowoltaicznych przy wykorzystaniu innych rozwiązań niż Solaredge, przy założeniu chęci ujednoczenia systemu monitoringu instalacji. Zamawiający byłby wówczas zmuszony do wymagania od potencjalnych oferentów jednego konkretnego rozwiązania, co stoi w sprzeczności z Prawem zamówień publicznych.

Tym samym zamawiający, kierując się swoimi uzasadnionymi potrzebami, wprost ustalił wymóg zachowania współpracy optymalizatorów z dowolnym falownikiem, w związku z czym należy dochować tego parametru. Odmienne stanowisko wiązałoby się z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w szczególności zasad uczciwej konkurencji. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w toku postępowania są związani treścią SIWZ, natomiast zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi w postanowieniach SIWZ zasadami. Skoro zamawiający ukształtował treść wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, żądając, aby wykonawca spełniał określone warunki SIWZ, powinien działać konsekwentnie, oceniając złożone w postępowaniu oferty poprzez pryzmat sprecyzowanych na etapie przygotowania SIWZ wymagań (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 621/ 19). Zamawiający jest zatem zobowiązany do oceny złożonych ofert w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustaloną przez siebie treścią SIWZ. Jeżeli treść jakiegokolwiek oferty nie odpowiada treści określonych wymagań - powinien odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 8 lutego 2021 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 11 lutego 2021 r. wykonawca: **Sazet Sp. z o.o. z siedzibą w Wólcynie** zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 376/21 po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r.” złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty złożonej przez przystępującego oraz uzupełnień i wyjaśnień składanych przez Sazet w toku postępowania, po zapoznaniu się z odwołaniem, stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp z 2019 r.”, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Jego oferta, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, uplasowała się na drugim miejscu. W przypadku, gdyby zarzuty odwołującego potwierdziły się i wykonawca Sazet zostałby wykluczony z postępowania lub też jego oferta została odrzucona, oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Odwołujący tym samym został pozbawiony możliwości wykonania zamówienia co oznacza, że został naruszony jego interes w uzyskaniu zamówienia, jak i zaistniała okoliczność powstania po jego stronie szkody, rozumianej jako brak możliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez odwołującego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem III pkt 2 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia jest: dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na obiektach użyteczności publicznej na terenie gminy i miasta Kleczew, która jest realizowana w ramach projektu RPWP.03.01.01-30-0092/17-00 pn. „Zastosowanie instalacji fotowoltaicznych na obiektach gmin powiatu konińskiego: Wilczyn, Stare Miasto, Kleczew, Sompolno i Kazimierz Biskupi” współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Osi Priorytetowej 3 „Energia” Działania 3.1 „Wytwarzanie i dystrybucja energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych” Poddziałanie 3.1.1 „Wytwarzanie energii z odnawialnych źródeł energii” Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014-2020”.

Zamawiający zapisał, że w ramach projektu i wykonawstwa należy ująć zakres prac obejmujących 20 instalacji o mocy i parametrach określonych w programie funkcjonalno - użytkowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ (dalej „PFU”). W PFU, na str. 83 w pkt 1.7.2.2. - Wymagania w zakresie optymalizatorów mocy, zamawiający zawarł je w tabeli 3. Jednym z nich było, aby te współpracowały z dowolnym falownikiem. Weryfikacja tego wymogu została przewidziana na podstawie karty katalogowej lub deklaracji producenta. Przystępujący zaoferował optymalizatory Solaredge i przedstawił karty katalogowe dla falowników Solaredge.

Ponadto, jak ustalono zamawiający, pismem z 3 stycznia 2021 r., wezwał Sazet do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowego wymagania podnosząc, że zgodnie z pkt 1.7.2.2. PFU wymagał, aby optymalizatory współpracowały z dowolnym falownikiem. W dalszej części pisma zauważył, że w przedłożonych przez przystępującego kartach katalogowych znajduje się informacja, że oferowany optymalizator został zaprojektowany do pracy z falownikami Solaredge. W odpowiedzi z dnia 11 stycznia 2021 r. przystępujący potwierdził, że zaoferowane przez niego optymalizatory są kompatybilne z falownikami Solaredge stwierdzając: „Dalej wyjaśniamy, że optymalizatory Solaredge pracują z falownikami Solaredge”. W dalszej części pisma Sazet posługując się wykładnią językową wyrażenia „dowolny falownik” tłumaczy, że jest to zapis nieprecyzyjny i niejednoznaczny, stąd rozwiązanie stosowane przez Sazet należy uznać za dopuszczalne.

Dalej Izba ustaliła, że w Rozdziale V SIWZ zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełnienia tych warunków oraz podstawy wykluczenia. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w odniesieniu do osób zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, warunek został sprecyzowany w następujący sposób: Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony o ile wykonawca wykaże, iż dysponuje: (i) co najmniej jedną osobą (projektanta), posiadającą

kwalifikacje do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i posiadającą doświadczenie w postaci zaprojektowanych minimum 25 instalacji fotowoltaicznych; (ii) co najmniej jedną osobą (projektanta), posiadającą kwalifikacje doprojektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej; (iii) co najmniej jedną osobą (kierownika robót), posiadającą kwalifikacje do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych i posiadającą doświadczenie w postaci pełnienia funkcji kierownika budowy, robót lub koordynatora całości zadania w odniesieniu do wykonania minimum 25 instalacji fotowoltaicznych; (iv) co najmniej jedną osobą (kierownika robót), posiadającą kwalifikacje do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Zamawiający pismem z 22 października 2020 r. wezwał Sazet w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania oraz spełnia określone w SIWZ warunki. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący przedłożył między innymi wykaz osób, w którym wymienił dwie: jedną na stanowisko projektanta, drugą na stanowisko kierownika robót. W odniesieniu do nich nie wskazał, że posiadają doświadczenie w zaprojektowaniu/wykonaniu co najmniej 25 instalacji fotowoltaicznych.

Zamawiający podniósł tą okoliczność w piśmie z 3 stycznia 2021 r. i wezwał Sazet w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób, potwierdzającego powyższe. Przystępujący w piśmie z 11 stycznia 2021 r. przedłożył nowy wykaz osób, przedstawiając w nim dodatkowe informacje w odniesieniu do wcześniej wskazanych przez niego jako projektanta oraz kierownika robót osób. Z treści uzupełnienia wynikało, że Pani A. T. J. zaprojektowała 40 instalacji fotowoltaicznych, z kolei Pan T. K. K. był kierownikiem budowy, robót lub koordynatorem całości zadania w odniesieniu do zamówień polegających na wykonaniu 35 instalacji fotowoltaicznych.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, w jakiej odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie odrzucenia oferty Sazet ze względu na brak jej zgodności z postanowieniami SIWZ oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez

wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba na wstępie pragnie przypomnieć, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy Pzp. Te z kolei obligują zamawiającego między innymi do odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Co istotne, na co wielokrotnie zwracała w swoich orzeczeniach uwagę Krajowa Izba Odwoławcza, odrzucenie oferty nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych i nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może mieć miejsca w przypadku, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ma zatem miejsce w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, przy czym dotyczyć musi ona sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczone). O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ możemy zatem mówić, uwzględniając pojęcie „oferta” zdefiniowane w art. 66 Kodeksu cywilnego, odnoszącym się do oświadczeń woli, a więc w przypadku niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc to do okoliczności mających miejsce w przedmiotowym postępowaniu, kluczowym dla oceny zgodności oświadczenia jakie złożył wykonawca w ofercie, w stosunku do wymagań zamawiającego było dokonanie interpretacji zapisu zawartego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ (dalej „PFU”) na str. 83 w pkt 1.7.2.2. - Wymagania w zakresie optymalizatorów mocy, który zamawiający zawarł w tabeli 3 pn. minimalne wymagania w zakresie optymalizatorów mocy. Jednym z nich było, aby te współpracowały z dowolnym falownikiem. Weryfikacja tego wymogu została przewidziana na podstawie karty katalogowej lub deklaracji producenta.

Zamawiający nie wyjaśnił w dokumentacji przetargowej tego pojęcia, nie ulega jednak wątpliwości, że słowo „dowolny” oznacza również „każdy”, „obojętnie który” czy „jakikolwiek”. Dodatkowo odwołujący wyjaśnił jakie znaczenie ma powyższy wymóg

dla jednostki zamawiającej. Wymagając systemu, który będzie kompatybilny z dowolnym inwerterem, zamawiający będzie miał możliwość późniejszego ujednoczenia systemu optymalizacji i powiązanego z nim systemu monitoringu, poprzez montaż wyłącznie optymalizatorów. W przypadku rozwiązania oferowanego przez przystępującego dalsza rozbudowa instalacji wymagałaby zastosowania wyłącznie jednego rodzaju optymalizatorów - Solaredge.

Odwołujący wykazał jednocześnie, za pomocą dowodów złożonych na rozprawie w postaci dwóch protokołów z otwarcia stron internetowych: (i) <https://www.swt-power.com>; (ii) <https://www.emiter.net.pl>, na których prezentowane są opisy działania systemów i produktów, że na rynku istnieją rozwiązania, które umożliwiają podłączenie do systemu dowolnego falownika, różnych producentów. Tym samym wymaganie zamawiającego należało rozumieć w taki sposób, aby oferowane urządzenie mogło współpracować z dowolnym rodzajem optymalizatora, także innego producenta.

Nie jest kwestią sporną, że przystępujący w swojej ofercie zadeklarował, że dostarczy optymalizatory Solaredge. Te z kolei, pracują wyłącznie z falownikami tej samej firmy. Powyższe ustalono na podstawie kart katalogowych złożonych przez Sazet w postępowaniu, treści oświadczenia złożonego przez tego wykonawcę w piśmie z 11 stycznia 2021 r., w którym stwierdził, że: „Dalej wyjaśniamy, że optymalizatory Solaredge pracują z falownikami Solaredge”. W końcu Sazet potwierdził powyższą okoliczność także w treści pisma procesowego - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wymienił w nim bowiem różne rodzaje falowników, jednakże wszystkie z nich są falownikami jednego producenta - Solaredge.

Pomimo zatem twierdzeń zamawiającego, że z treści karty katalogowej nie wynika, że oferowane optymalizatory mogą pracować wyłącznie z falownikami Solaredge, zarówno zawarte tam stwierdzenie „specjalnie zaprojektowane do pracy z falownikami Solaredge”, jak też złożone przez Sazet wyjaśnienia w toku prowadzonego postępowania potwierdzają, że tak właśnie jest.

Nawet jeśli oświadczenie KENO, złożone przez odwołującego jako dowód, co podnosił zamawiający nie przesądza, że dotyczy ono tego właśnie modelu optymalizatora, który zaproponował w ofercie Sazet - nie może umknąć uwadze, że ten w toku postępowania przetargowego udzielił wyjaśnień, z których wynikało, że sporne wymaganie PFU nie zostało spełnione w odniesieniu do urządzenia, które ten oferuje w tym postępowaniu. Sazet, mając świadomość, że w przypadku jego optymalizatorów możliwe jest zastosowanie wyłącznie falowników tego właśnie producenta polemizuje z treścią samego wymagania. W treści pisma procesowego - zgłoszenia przystąpienia interpretuje

pojęcie „dowolny falownik” wywodząc, że to jest nieprecyzyjne i nie wskazuje jednoznacznie na konieczność zastosowania falowników dowolnego producenta.

W ocenie Izby z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Jak już zauważono sformułowanie to należało rozumieć w sposób, w jaki czyni to odwołujący, a zatem spełniały będą wymagania tylko takie rozwiązania, które umożliwiają podłączenie do systemu różnego rodzaju falowników, w tym producentów innych, niż producent urządzenia. Tym samym uznać należało, że sporne wymaganie nie zostało spełnione, a oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska odwołującego w zakresie, w jakim podnosił naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia wykonawcy Sazet ze względu na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że w treści uzupełnionego wykazu osób, złożonego na wezwanie zamawiającego (pismo z 3 stycznia 2021 r.) w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, znalazły się informacje niezbędne, aby zamawiający mógł dokonać oceny czy przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt. 5.3.3. SIWZ. O ile w pierwotnym wykazie dane odnośnie osób, skierowanych do realizacji zamówienia były niepełne, o tyle już w uzupełnionym dokumencie Sazet przedstawił dodatkowe informacje w odniesieniu do osób, wcześniej wskazanych przez niego jako projektanta oraz kierownika robót. Z treści uzupełnienia wynikało, że Pani A. T. J. zaprojektowała 40 instalacji fotowoltaicznych, z kolei Pan T. K. K. był kierownikiem budowy, robót lub koordynatorem całości zadania w odniesieniu do zamówień polegających na wykonaniu 35 instalacji fotowoltaicznych. Przystępujący potwierdził zatem, że dedykowane do wykonania zamówienia osoby spełniają warunek minimalny tj. posiadają doświadczenie w postaci zaprojektowania co najmniej 25 instalacji fotowoltaicznych lub też doświadczenie w postaci pełnienia funkcji kierownika budowy, robót lub koordynatora całości zadania w odniesieniu do wykonania minimum 25 instalacji fotowoltaicznych.

Izba nie zgadza się z odwołującym, że aby uznać warunek za spełniony, przystępujący miał obowiązek w treści wykazu wymienić konkretne projekty, realizowane przez te osoby. Treść warunku w tym zakresie należy uznać za ogólny, zamawiający nie wymagał bowiem aby projekty w których uczestniczyły te osoby miały określoną wartość czy zakres, nie zawarto też w treści wymogu żadnego ograniczenia czasowego co do posiadanego przez nie doświadczenia. Tym samym ogólne stwierdzenie w treści wykazu, odnoszące się do tego ile zadań wymaganych przez zamawiającego wykonała dana osoba - należało uznać za wystarczające.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31 lipca 2020 r. (sygn. akt KIO 1499/20), który przywoływał odwołujący, a którego odpis przedłożył na rozprawie zapadł w odmiennych okolicznościach faktycznych. Dostrzec bowiem należy, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przygotowanej dla postępowania prowadzonego przez Spółdzielnię Mieszkaniową Zieleniec z siedzibą w Toruniu, wykonawca w postępowaniu miał przedstawić wykaz osób oraz wykazać, że osoby skierowane do realizacji zadania posiadają minimum 5- letnie doświadczenie jako kierownik budowy i realizowały zadania, których zakres został precyzyjnie wskazany i opisany w treści warunku. Jak zauważył skład orzekający w przedmiotowej sprawie wykonawca został wykluczony z postępowania z tego powodu, że ani z treści wykazu, ani też z wyjaśnień złożonych w postępowaniu nie sposób było wywieść, że warunek udziału sprecyzowany przez zamawiającego został spełniony.

Tymczasem w sprawie, będącej przedmiotem niniejszego odwołania w treści wykazu osób znalazły się wszystkie informacje niezbędne, aby potwierdzić, że warunek opisany w SIWZ - został spełniony.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W tej sprawie rozpoznaniu podlegały dwa zasadnicze zarzuty: (1) odrzucenia oferty Sazet z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ oraz (2) zaniechanie wykluczenia Sazet z postępowania z powodu braku wykazania, że spełnił on warunki udziału w postępowaniu. Mając na względzie fakt, że odwołanie zostało uwzględnione tylko w zakresie jednego z dwóch wzmiankowanych zarzutów, Izba uznała za zasadne podzielenie kosztów postępowania odwoławczego wynoszących łącznie 18.600,00 zł. po połowie, zatem zasądzeniu od zamawiającego na rzecz odwołującego podlegała kwota 5.700,00 zł.

Przewodniczący :